

# CAPITOLO I

## IL DIRITTO AMMINISTRATIVO E IL SUO SOGGETTO: L'AMMINISTRAZIONE

### Sezione I NOZIONI GENERALI

#### SOMMARIO

1. Nozione di diritto amministrativo. 2. La Pubblica Amministrazione. 3. La privatizzazione.  
4. Le società pubbliche. 5. L'influenza del diritto comunitario. 6. L'esercizio privato di pubbliche funzioni.

### 1. Nozione di diritto amministrativo

#### **Diritto amministrativo**

Il diritto amministrativo è una disciplina giuridica rientrante nella macroarea del c.d. diritto pubblico, il cui oggetto concerne la struttura, i mezzi, le finalità e l'azione relativi a particolari soggetti – le Pubbliche Amministrazioni – preposti dall'ordinamento al perseguimento di interessi pubblici, cioè fini di interesse generale, in ragione di ciò sottoposti ad un particolare regime normativo che li distingue dai soggetti di diritto comune.

#### **Amministrazione**

Tale branca del sapere giuridico è correlata al concetto di “amministrazione”, locuzione, quest'ultima, necessariamente polisemica, potendo e dovendo essere riferita tanto all’“amministrazione” in senso oggettivo, quanto all’“Amministrazione” in senso soggettivo.

Sotto il primo profilo, vengono in esame la c.d. attività amministrativa e tutti gli elementi che ne costituiscono, da un lato, i presupposti teleologici e, dall'altro, gli strumenti messi a disposizione dell'ordinamento per il raggiungimento delle finalità cui essa è orientata.

#### **In senso soggettivo**

Le Amministrazioni in senso soggettivo, infatti, sono preposte al perseguimento di interessi generali, cioè fini comuni a una collettività più o meno ampia di soggetti.

La scelta di tali fini, invece, è questione che esorbita dall'ambito di studio del diritto amministrativo in senso stretto, perché attiene alla funzione politico-legislativa di governo e, quindi, ne costituisce un necessario presupposto.

#### **In senso oggettivo**

Il *proprium* del diritto amministrativo, sotto il profilo oggettivo, è, invece, la cura in concreto di tali fini, previamente definiti dal potere legislativo, cioè il loro effettivo perseguimento attraverso i poteri e gli strumenti previsti dall'ordinamento.

Si tratta, cioè, della funzione pubblica assolta attraverso l'eserci-

zio di un potere in quanto, e nei limiti in cui, esso è attribuito dall'ordinamento ad un determinato soggetto.

L'ambito di studio precipuo del diritto amministrativo, quindi, è rappresentato dall'esercizio del c.d. potere esecutivo, nelle variegiate forme disciplinate dall'ordinamento giuridico, in quanto potere funzionalizzato alla cura in concreto degli interessi pubblici.

D'altronde, l'ordinamento italiano, già a livello costituzionale, individua una specifica articolazione della funzione giurisdizionale correlata proprio a tutela di coloro che, a vario titolo, vengono ad essere coinvolti dall'attività amministrativa, e, quindi, entrano in "rapporto" con l'Amministrazione.

Pertanto, sono ricompresi nello studio del diritto amministrativo anche la disciplina relativa all'organizzazione giudiziale e giustiziale, e tutte le problematiche concernenti il riparto del potere giurisdizionale tra giudice amministrativo, giudice ordinario e altri giudici speciali.

## 2. La Pubblica Amministrazione

### Definizione non unitaria

Non esiste una definizione onnicomprensiva di Pubblica Amministrazione, perché tale locuzione fa riferimento ad un concetto non univoco, il relativo significato variando al variare delle materie e dei settori di studio, a seconda delle finalità che l'ordinamento (interno, ma anche sovranazionale) intende di volta in volta perseguire.

### Pluralismo P.A.

L'ordinamento italiano, in particolare, già a livello costituzionale (es., artt. 2, 5, 95, 97, 114 e 118 Cost.) riconosce il principio del pluralismo della P.A., in virtù del quale la cura in concreto di interessi pubblici non è demandata esclusivamente allo Stato, ma è ripartita, in vario modo, coinvolgendo altri soggetti dotati di capacità giuridica privata e pubblica, comprendendo figure particolari come i privati chiamati a svolgere pubbliche funzioni e le c.d. autorità indipendenti.

A complicare il tentativo di ridurre ad unità il concetto in esame non solo si pone la varietà di ambiti di riferimento cui il legislatore correla un concetto non sempre identico di Pubblica Amministrazione e di Ente pubblico, ma si aggiunge, da un lato, l'introduzione e lo sviluppo di figure pubbliche dai connotati particolari quali, ad es., le Autorità Amministrative indipendenti, dall'altro lato, l'influenza del diritto eurounitario, che ha concorso nel rendere sempre più "elastico" e "relativo" il concetto di ente pubblico e di Amministrazione.

### Criteri identificativi

Mancando, quindi, una definizione di carattere generale, valevole per tutti i settori dell'ordinamento (che non si rinviene nem-

meno nella c.d. legge “fondamentale” amministrativa, la l. n. 241 del 1990), in dottrina e giurisprudenza si è tentato di superare la lacuna, elaborando dei criteri identificativi idonei.

Al riguardo, vi sono certamente due aspetti essenziali che non possono mancare.

**Finalità  
soddisfazione  
interessi pubblici**

In primo luogo, un ente può definirsi “pubblico” quando la sua costituzione o, quantomeno, il suo agire viene specificamente determinato o conformato dal legislatore per la soddisfazione di interessi pubblici. Anche un soggetto privato, in tal senso, come si dirà, può assumere una veste “pubblica” tutte le volte in cui il legislatore ne conforma lo statuto giuridico per il raggiungimento di determinati fini pubblici o per la tutela o soddisfazione di interessi generali.

**Previsione  
legislativa**

Il secondo luogo, occorre che la costituzione dell’Ente o la “conformazione” pubblicistica del soggetto interessato siano stabilite dalla legge. L’art. 97 Cost. prevede, infatti, che i pubblici uffici siano organizzati secondo disposizioni di legge: conformemente, l’art. 4, l. 20 marzo 1975, n. 70 (c.d. legge del parastato), stabilisce che «nessun, nuovo ente pubblico può essere costituito o riconosciuto se non per legge».

Si ritiene d’altronde che l’art. 97 Cost. individui un’ipotesi di riserva di legge c.d. relativa, sicché la necessaria copertura legislativa riguarda essenzialmente l’istituzione dell’ente, nonché l’individuazione delle attribuzioni e degli organi fondamentali dello stesso.

Fermo quanto precede, al fine di comprendere se un determinato Ente previsto e disciplinato dalla legge sia qualificabile quale “Ente pubblico”, non si ritiene sufficiente l’eventuale indicazione espressa, contenuta nella legge medesima, della natura pubblica dello stesso, così come non si ritiene parimenti sufficiente che esso persegua un fine di interesse generale: infatti, anche a soggetti aventi natura “privata” (la cui costituzione e gestione sono rette da norme privatistiche senza interferenze o forme di dipendenza da parte di altre Amministrazioni o enti pubblici, e le cui risorse economiche non derivano da questi ultimi), possono essere attribuite funzioni e quindi finalità pubblicistiche.

**Altri criteri**

Al fine di accertare la natura pubblica di un Ente previsto e disciplinato dalla legge, si suole valorizzare la sussistenza di una serie di parametri o presupposti quali, ad esempio, l’ingerenza dello Stato o altro Ente pubblico territoriale nella nomina e revoca dei relativi dirigenti e organi di amministrazione, nonché l’eventuale sussistenza di un potere di direttiva da parte di altri enti pubblici; la presenza di un finanziamento pubblico o comunque la partecipazione di altri enti pubblici al sostenimento delle spese di gestione; l’assoggettamento dell’Ente in questione ad un sistema di controlli pubblici, sulla gestione o anche sull’attività dello stesso.

Il Consiglio di Stato ha avuto modo di ricordare che in virtù di una pacifica elaborazione pretoria, il mero requisito teleologico della finalizzazione dell'ente al perseguimento di scopi di interesse pubblico, non è condizione sufficiente per la sussunzione del soggetto nel novero degli enti pubblici, essendo all'uopo indispensabile la previsione legale di un regime giuridico di spessore pubblicistico (Cons. Stato, sez. IV, 04 aprile 2019, n. 2217).

L'esercizio di potere pubblico per mezzo di provvedimenti e atti amministrativi autoritativi, quale manifestazione della funzione pubblica attribuita ad un determinato soggetto e lo svolgimento di attività e servizi di natura pubblica non sono necessario appannaggio di Enti pubblici in senso stretto (quale organizzazione di uomini e mezzi costituita dalla legge e avente connotati strettamente pubblicistici).

### **Soggetti privati**

Possono venire in gioco, infatti, in diverso modo e a vario titolo, soggetti che, pur formalmente privati, assumono, a seconda dei casi, rilevanza pubblicistica che ne attrae l'attività svolta e gli atti compiuti nell'alveo del diritto amministrativo, in quanto funzionalizzati al perseguimento di interessi pubblici mediante svolgimento di funzioni o servizi pubblici.

### **Approccio sostanzialistico**

Questo approccio sostanzialistico alla nozione di Amministrazione, permea sempre più l'ordinamento, come dimostrato da alcune rilevanti disposizioni di legge.

### **Art. 7, comma 2, c.p.a.**

Ad es., l'art. 7, comma 2, c.p.a., ai fini dell'applicazione del codice del processo amministrativo, precisa che per «per pubbliche amministrazioni», «si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo».

### **Art. 22, comma 4, l. n. 241 del 1990**

Parimenti, l'art. 22, comma 4, l. n. 241 del 1990, ai fini della disciplina sull'accesso agli atti fa riferimento ad un concetto molto ampio di «Pubblica Amministrazione», comprensivo di «tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario».

### **Art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001**

L'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001 (contenente le norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), invece, definisce Pubbliche Amministrazioni «tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali,

**Nozione  
funzionale**

regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti i del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300».

L'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione funzionale e cangiante di Ente pubblico, con la conseguenza che si ammette ormai senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica. Questa nozione «funzionale» di ente pubblico, si è sottolineato, «ci insegna, infatti, che il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico non è sempre uguale a se stesso, ma muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato e della ratio ad esso sottesa». La conseguenza che ne deriva è «che è del tutto normale, per così dire «fisiologico», che ciò che a certi fini costituisce un ente pubblico, possa non esserlo ad altri fini, rispetto all'applicazione di altri istituti che danno rilievo a diversi dati funzionali o sostanziali» (Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164).

**3. La privatizzazione**

La “relativizzazione” del concetto di Ente Pubblico e di Pubblica Amministrazione è certamente frutto anche degli effetti della c.d. privatizzazione degli Enti pubblici.

**Due fasi:  
formale  
e sostanziale**

Con tale termine si individuano in realtà “due fasi” di un procedimento che, in teoria, avrebbe dovuto essere unico e portato a effettivo compimento: ad una c.d. privatizzazione formale, per effetto della quale una serie di enti pubblici sono stati trasformati in società per azioni, pur rimanendo lo Stato formalmente titolare del pacchetto azionario, avrebbe dovuto seguire una privatizzazione c.d. sostanziale, caratterizzata dalla dismissione del controllo pubblico sul soggetto privatizzato.

Mentre la prima fase ha trovato effettiva attuazione, non così la privatizzazione sostanziale, l'Amministrazione pubblica avendo per lo più mantenuto non solo le partecipazioni, ma anche un controllo pubblicistico, anche attraverso la previsione di poteri speciali del socio pubblico come ad es., il c.d. *golden share*, cioè il potere decisionale di veto sulle operazioni più significative della società privatizzata.

**Soggetti a  
forma privata e a  
sostanza pubblica**

Ciò che di fatto si è venuto a creare è un soggetto formalmente privato in veste societaria, cui quindi può essere riferito il relativo statuto giuridico, la cui sostanza, d'altronde, rimane pubblicistica

**Principio  
neutralità  
delle forme**

in ragione del controllo o comunque dell'influenza pubblica che li caratterizza.

Si è trattato di una novità rilevante nel panorama del diritto amministrativo, in quanto fino agli anni settanta era invalsa la teoria per cui la forma societaria fosse incompatibile con la nozione di ente pubblico, la cui qualificazione richiedeva che l'ente in esame possedesse oltre che la sostanza, anche forme pubblicistiche.

Con la penetrazione del diritto e dei principi comunitari, d'altronde, si è venuto affermando il principio della c.d. neutralità delle forme societarie: nell'ottica comunitaria, infatti, gli aspetti meramente formali e nominali sono del tutto irrilevanti, per la qualificazione di un ente pubblico essendo rilevanti gli aspetti sostanziali, quali la sussistenza di un controllo pubblico sulla gestione e attività dell'ente in questione e l'esercizio da parte di questo di poteri pubblici, nonché il contesto economico o non economico nel quale lo stesso viene ad operare e le finalità dallo stesso perseguite.

**Problema  
disciplina  
applicabile**

Questa commistione di elementi formali e sostanziali di natura differente, in parte privatistici e in parte pubblicistici, pone ovviamente il problema della disciplina effettivamente applicabile, per quanto non specificamente previsto dalla legge.

Occorre procedere, quindi, in via interpretativa, ad individuare lo statuto normativo di diritto pubblico applicabile a tali soggetti, aventi sì forma privatistica, ma anche elementi sostanziali pubblicistici, e comprendere, dall'altra parte, quali norme "privatistiche" siano compatibili con tali caratteristiche "ibride".

Si pensi, ad esempio, al problema dell'applicabilità della disciplina in materia di diritto di accesso (artt. 22 e ss. l. n. 241 del 1990, nonché il d.lgs. n. 33 del 2013, in relazione al c.d. accesso civico), ovvero della disciplina in materia di contratti pubblici e in particolare della disciplina delle procedure ad evidenza pubblica; ancora, della soggezione ai controlli da parte della Corte dei Conti, *ex art.* 100 Cost., ovvero dell'applicazione della disciplina relativa al c.d. pubblico impiego privatizzato di cui al d.lgs. n. 165 del 2001.

#### 4. Le società pubbliche

**Riordino  
disciplina  
partecipazioni  
sociali**

L'evoluzione conseguente al fenomeno della privatizzazione, da un lato, e, dall'altro lato, alla necessità di ridurre l'apporto diretto delle Amministrazioni pubbliche (Stato, Regioni, Enti territoriali, e altri) nell'ambito delle attività produttive e di gestione di beni e servizi, sia al fine di contenere la spesa pubblica, sia per incentivare la concorrenza, in conformità ai principi comunitari, ha indotto il legislatore a procedere ad un riordino della frammentaria disciplina

**D.lgs. 19  
agosto 2016, n.  
175 (T.U.S.P.)**

relativa alle c.d. società a partecipazione e controllo pubblico, mediante l’emanazione del d.lgs. n. 175 del 2016.

Il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante “Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica”, attuativo della delega contenuta nella l. n. 124 del 2015 (c.d. Legge Madia), successivamente integrato dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100, contiene disposizioni aventi a oggetto la costituzione di società da parte di Amministrazioni pubbliche, nonché l’acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta.

Le disposizioni del decreto sono applicate avendo riguardo all’efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica.

L’esame di questa disciplina è rilevante per comprendere che il legislatore, nell’approcciare il fenomeno delle società pubbliche, parte dal presupposto essenziale che si tratta di soggetti di natura privata.

**Norme codice  
civile e generali di  
diritto privato**

Infatti, il comma 3 dell’art. 1 prevede che, per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del decreto, «si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato».

**Disciplina  
derogatoria**

D’altronde, gli elementi pubblicistici correlati alla partecipazione di Enti pubblici nelle suddette società giustifica l’introduzione di una disciplina speciale derogatoria delle norme privatistiche.

Come accennato, la normativa in questione è finalizzata a circoscrivere il più possibile la partecipazione delle Amministrazioni pubbliche in società e, quindi, a dismettere per quanto non necessario tutte le partecipazioni in essere.

**Amministra-  
zioni pubbliche**

Va sottolineato come, ai fini dell’applicazione del d.lgs. n. 175 del 2016, l’art. 2, lett. a), definisce “amministrazioni pubbliche” «le amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale».

**Limiti operativi**

L’art. 3 stabilisce che le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa (non società di persone o in accomandita per azioni).

L’art. 4, invece, prevede che le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né

acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

Nei limiti di cui sopra, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività indicate dal comma 2 del medesimo art. 4, nonché per le altre attività che in forza della suddetta norma sono ritenute idonee a giustificare una partecipazione societaria da parte delle Amministrazioni pubbliche.

L'art. 4, quindi, prevede anche una serie di disposizioni derogatorie al limite predetto, al fine di attenuare la rigidità delle suddette restrizioni.

Gli articoli da 5 a 15 e da 18 a 24 recano una disciplina specifica per la costituzione di tali società pubbliche, per la gestione delle stesse, per la gestione, alienazione e acquisto di partecipazione da parte delle PPAA.

Gli artt. 16 e 17, invece, disciplinano rispettivamente, la c.d. società *in house* e le società c.d. miste.

La società *in house* è un istituto di origine pretoria comunitaria, finalizzato a bilanciare i principi comunitari di concorrenza e di libertà di stabilimento delle imprese e di circolazione dei capitali (cui si correla l'interesse all'esternalizzazione da parte delle P.A. della produzione di beni e servizi), con il principio dell'autoorganizzazione della P.A. (cui si correla il principio di autoproduzione dei predetti beni e servizi).

In tal senso, quindi, è certamente istituto che, sia pure inteso quale fattispecie limite per un affidamento diretto, in deroga cioè alla regola dell'espletamento di un procedimento ad evidenza pubblica, concorre a definire, sul piano soggettivo, una modalità operativa delle PPAA. caratterizzata dalla presenza di un soggetto formalmente "privato", ma sostanzialmente pubblico.

La caratteristica fondamentale di tale istituto, che ne giustifica la disciplina speciale, è che il soggetto in questione, per quanto formalmente privato, presenta degli aspetti strutturali e funzionali tali da dover essere considerato come "un'estensione" della Pubblica Amministrazione controllante, sì che un eventuale affidamento della gestione, ad es., di un servizio pubblico, non viene a potersi qualificare in termini contrattuali, mancando la necessaria intersoggettività tra contraenti e rientrando, quindi, il rapporto tra P.A. e soggetto *in house* nell'alveo del c.d. rapporto interorganico.

Come tale, quindi, è istituto che, per un verso, interseca inevitabilmente la questione della "latitudine" del concetto di P.A., per altro verso, deve essere considerato come fattispecie che merita un

**Società *in house* e società miste**

**"In house"**

**Rapporto interorganico**

trattamento specifico e derogatorio rispetto alla disciplina civilistica.

Il d.lgs. n. 175 del 2016, definisce le società *in house* «le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3».

Ai sensi dell'art. 16 esse ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.

La norma in questione detta quindi prescrizioni in ordine all'assetto organizzativo delle stesse in funzione derogatoria rispetto alla disciplina societaria privatistica.

Parimenti, gli artt. 14 e 12, d.lgs. n. 175 del 2016 vanno segnalati per dettare alcune disposizioni rilevanti con riferimento alla società *in house*, risolvendo alcune problematiche interpretative e applicative che avevano diviso la giurisprudenza e la dottrina.

L'art. 14, infatti, ha stabilito che le società a partecipazione pubblica e tra esse anche le società *in house*, nonostante la loro connotazione sostanzialmente pubblicistica, possono fallire.

L'art. 12, dopo aver ricordato che i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, ha stabilito «a giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*» e ha devoluto «alla Corte dei Conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2». Tale comma prevede che «costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione».

Il legislatore ha aderito all'insegnamento della Corte di Cassazione che ha sottolineato come in linea di principio debba distinguersi, sul piano delle responsabilità, il danno cagionato

## Artt. 14 e 12 TUSP

### **Danno al patrimonio sociale e danno diretto al socio pubblico**

direttamente al patrimonio della società e solo indirettamente a quello del socio pubblico, da quello invece procurato direttamente a quest'ultimo, e ciò in ragione dell'alterità soggettiva che comunque caratterizza la società partecipata rispetto all'Ente partecipante; d'altronde, secondo la Corte, questa distinzione non opera nel caso delle società in house proprio perché in tal caso non è ravvisabile alcuna effettiva "alterità soggettiva".

Al riguardo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. Civ., Sez. Un., 01 ottobre 2021, n. 26738) hanno sottolineato che la giurisdizione sull'azione di responsabilità proposta nei confronti degli organi sociali per i danni arrecati al patrimonio della società spetta alla Corte dei Conti soltanto se sussistono i seguenti requisiti, che consentono di qualificare l'ente come società *in house* providing: a) il capitale sociale sia integralmente detenuto da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, e lo statuto vieti la cessione delle partecipazioni a soggetti privati, b) la società espliciti statutariamente la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti, in modo tale che l'eventuale attività accessoria non implichi una significativa presenza sul mercato e rivesta una valenza meramente strumentale, c) la gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli Enti pubblici sui propri uffici, con modalità ed intensità di comando non riconducibili alle facoltà spettanti al socio ai sensi del codice civile (cfr. tra le altre, Cass., Sez. Un., 13/09/2018, n. 22409; 22/12/2016, n. 26643; 10/03/2014, n. 5491). Soltanto in presenza di tali condizioni, che devono sussistere contemporaneamente e risultare da precise disposizioni statutarie in vigore all'epoca cui risale la condotta illecita, la società può essere assimilata ad un'articolazione organizzativa interna dell'ente pubblico, con il conseguente superamento della distinzione tra le rispettive personalità giuridiche e dell'autonomia patrimoniale della società, che ordinariamente escludono la configurabilità di un rapporto di servizio tra il socio pubblico ed i soggetti che hanno agito nella veste di organi sociali, nonché l'imputabilità al primo del pregiudizio arrecato al patrimonio della società (cfr. Cass., 11/09/2019, n. 22712; 21/06/2019, n. 16741).

### **Società miste**

L'art. 17, d.lgs. n. 175 del 2016, poi, disciplina le c.d. società miste, o società a partecipazione mista pubblico-privata, prevedendo che in esse la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica e ha ad oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista.

**In house spurio**

Si tratta del c.d. *in house* spurio, un partenariato pubblico-privato, in cui la partecipazione del privato nella società viene controbilanciata, ai fini della tutela del principio di concorrenza, dalla c.d. gara a doppio oggetto, ovvero una procedura di evidenza pubblica avente ad oggetto contemporaneamente la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione, oggetto esclusivo dell'attività della società mista.

**Socio privato**

L'art. 17, quindi, detta disposizioni puntuali in ordine alle caratteristiche che deve avere il socio privato, e ai requisiti per la costituzione delle suddette società miste e alla durata della società, nonché in ordine alla disciplina derogatoria delle norme civilistiche.

La norma precisa che alle società in questione, che non siano organismi di diritto pubblico, costituite per la realizzazione di lavori o opere o per la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza, per la realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite, non si applicano le disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016 se ricorrono le seguenti condizioni: a) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; b) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; c) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

Quindi, anche in tal caso, una volta garantita la concorrenza "ai fini della partecipazione nella società", il soggetto che consegue alla costituzione della stessa, avente le caratteristiche che precedono, si caratterizza per una più intensa connotazione pubblicistica, tanto da sottrarsi alle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016. I riferimenti al d.lgs. n. 50 del 2016, pur in mancanza di un coordinamento normativo sistematico, devono ritenersi oggi operati al nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36 del 2023, di cui si dirà più avanti.

## 5. L'influenza del diritto comunitario

Quanto appena sopra ricordato in ordine alla società *in house* e alle società c.d. miste, consente di comprendere come all'evoluzione del concetto di "Pubblica Amministrazione" abbia concorso l'influenza del diritto comunitario: come detto, infatti, l'istituto dell'*in house* ha visto la sua genesi e la sua evoluzione nell'ambito della giurisprudenza e della normativa comunitaria.

**Principio dell'effetto utile**

L'ordinamento comunitario/eurounitario, è informato, tra gli

<b>Principi concorrenza e non discriminazione</b>	altri, al principio del c.d. effetto utile, sì che la nozione europea di P.A. viene ad essere concepita in termini elastici e duttili, gli organismi societari ben potendo assumere il valore e la veste di Pubbliche Amministrazioni o enti pubblici, in relazione alla specificità della materia e del contesto di riferimento.
<b>Procedure ad evidenza pubblica</b>	<p>Sempre con riguardo alla materia dei contratti pubblici, in particolare, la finalità principale perseguita dal legislatore comunitario è il rispetto dei principi di concorrenza e di non discriminazione, sicché il concetto di P.A. è funzionale alla doverosità del rispetto delle procedure di evidenza pubblica e, pertanto, particolarmente ampio.</p> <p>In questo senso, il d.lgs. n. 50 del 2016, in attuazione delle direttive europee nn. 23, 24 e 25 del 2014, ha imposto il rispetto delle regole di evidenza pubblica non solo ad Amministrazioni ed Enti strettamente di natura pubblica, ma anche ad un'ampia serie di soggetti nonostante la veste formalmente privata degli stessi.</p>
<b>Organismo di diritto pubblico</b>	<p>Rilevante, in questo senso, è la figura del c.d. organismo di diritto pubblico.</p> <p>L'art. 3, d.lgs. n. 50 del 2016, oltre a rinviare all'All. I al decreto per le ipotesi di organismo di diritto pubblico specificamente e testualmente individuate dal codice, individua i requisiti di tale figura, che devono sussistere contemporaneamente e sono suscettibili di interpretazione estensiva a garanzia del rispetto del citato principio dell'“effetto utile”.</p>
<b>Personalità giuridica</b>	<p>In primo luogo, deve trattarsi di enti aventi personalità giuridica, intesa nel senso più ampio di soggettività giuridica, di talché vi rientrano non solo le persone giuridiche in senso stretto, ma anche gli enti di fatto, a prescindere dalla veste strettamente pubblica del soggetto in questione.</p>
<b>Influenza dominante</b>	<p>In secondo luogo, occorre che il soggetto <del>in questione</del> sia sottoposto “ad una influenza pubblica dominante” da parte dell'Ente pubblico di riferimento.</p> <p>Sono indici alternativi di influenza pubblica dominante il fatto che: a) l'attività del soggetto sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli Enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico; b) l'esercizio da parte delle Amministrazioni da ultimo citate di un controllo sulla gestione del soggetto in esame, attraverso, quindi, una decisiva influenza sulle decisioni adottate da quest'ultimo; c) le Amministrazioni citate siano in grado di designare più della metà dei componenti gli organi di direzione, amministrazione o vigilanza del soggetto in esame;</p>
<b>Requisito teleologico</b>	<p>Infine, deve ricorrere il c.d. requisito teleologico: il soggetto in esame, infatti, deve essere stato istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generali e aventi carattere non industriale o commerciale.</p>

Proprio quest'ultimo requisito in dottrina e giurisprudenza ha creato maggiori incertezze interpretative e applicative, non avendo né il legislatore comunitario, né quello nazionale meglio esplicitato i concetti che precedono, con particolare riguardo alla nozione di «interessi generale aventi carattere non industriale o commerciale» e agli elementi idonei a dimostrarne la sussistenza.

In giurisprudenza, per comprendere la portata interpretativa e applicativa del requisito c.d. teleologico, sono stati valorizzati alcuni elementi presuntivi. Ad esempio, si è affermata la riconducibilità di un soggetto all'o.d.p. qualora esso svolga un'attività in via esclusiva in favore di un Ente pubblico, in presenza degli ulteriori due requisiti sopra indicati, non operando sul "mercato". Laddove, invece, pur svolgendo attività funzionale a soddisfare interessi generali, il soggetto in esame operi in regime di mercato e, quindi, concorrenziale, si è affermato che debba essere verificato se esso sia stato istituito per soddisfare quella eventuale quota di bisogni che il mercato non è in grado di soddisfare e che, in virtù dell'interesse pubblico, non devono restare insoddisfatti. Altro aspetto valorizzato è la modalità di gestione dell'attività da parte del soggetto in esame: qualora la gestione sia fondata su criteri imprenditoriali, con sopportazione da parte del soggetto del rischio di impresa, emerge un elemento presuntivo contrario alla natura pubblica dello stesso e quindi alla configurazione di un o.d.p.; diversamente, qualora lo Stato o altro soggetto pubblico intervenga a ripianare le perdite finanziarie, sussiste un elemento presuntivo di segno contrario, trattandosi di un soggetto sottratto alle regole di mercato, e come tale funzionalizzato alla soddisfazione di un bisogno estraneo alle logiche ordinarie della vita industriale e commerciale.

Come ricordato da Cons. Stato, Sez. VII, 21 ottobre 2022, n. 8975, la giurisprudenza comunitaria (CGUE, Sez. IV, 5 ottobre 2017, n. 567), dopo aver premesso che per poter qualificare un organismo come "organismo di diritto pubblico" è necessario che esso soddisfi esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ha sottolineato che "la valutazione di detto carattere deve essere operata tenendo conto di tutti gli elementi di diritto e di fatto pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita le attività volte a soddisfare esigenze di interesse generale, ivi compresa, in particolare, la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro, la mancanza di assunzione dei rischi collegati a tale attività nonché il finanziamento pubblico eventuale delle attività di cui trattasi" (par. 43).

I giudici comunitari aggiungono, richiamando propri precedenti in argomento, che se l'organismo di cui si tratta opera in condizioni

normali di mercato, persegue uno scopo di lucro e subisce le perdite collegate all'esercizio di dette attività, è poco probabile che le esigenze che esso mira a soddisfare siano di natura diversa da quella industriale o commerciale: tuttavia, l'esistenza di una concorrenza articolata non consente, di per sé, di concludere per la mancanza di un'esigenza di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale. È decisivo, secondo la Corte, verificare (oltre al fatto che le attività dell'ente dirette al soddisfacimento delle esigenze di interesse generale siano effettuate in situazione di concorrenza) se il predetto ente si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche (paragg. 46-48; ~~per una ricognizione dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria sulla rilevanza da attribuire al fatto che l'organismo di cui si discute operi in un mercato aperto alla concorrenza, cfr. C.d.S., Sez. V, 16 gennaio 2017, n. 108).~~

Dal canto suo, in merito al c.d. requisito teleologico la giurisprudenza di legittimità ha affermato che “per definire la natura di organismo di diritto pubblico di un soggetto, alla luce dei criteri enucleati al d.lgs. n. 50 del 2016, art. 3, lett. d), occorrerà avere riguardo, in primo luogo, al tipo di attività svolta dalla società e all'accertamento che tale attività sia rivolta alla realizzazione di un interesse generale, ovvero che sia necessaria affinché la pubblica amministrazione possa soddisfare le esigenze di interesse generale alle quali è chiamata e, in secondo luogo, che tale società si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche (si veda, la già citata Corte di Giustizia 5 ottobre 2017, in C-567/15; nonché, con riferimento al criterio di economicità, Cass. 8225/2010). In particolare, in merito a quest'ultimo profilo, è necessario, in primo luogo, che la società non fondi la propria attività principale su criteri di rendimento, efficacia e redditività e che non assuma su di sé i rischi collegati allo svolgimento di tale attività i quali devono ricadere sull'amministrazione controllante (Cass. 8225/2010). In secondo luogo, il servizio d'interesse generale che ne costituisce l'oggetto non può essere rifiutato per ragioni di convenienza economica” (così Cass. civ., Sez. Un., 28 marzo 2019, n. 8673). Il predetto requisito non sussiste quando il soggetto svolge l'attività secondo “criteri di economicità” (Cass. civ., Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8051).

A tali insegnamenti ha aderito anche la giurisprudenza amministrativa, la quale però si è divisa sulla preminenza da assegnare, nell'individuazione del c.d. requisito teleologico, all'interesse di carattere generale per il cui soddisfacimento è stato costituito l'organismo, ovvero alle modalità con cui detto bisogno viene perseguito.

L'indirizzo più recente, infatti, dà preminenza alle modalità di svolgimento dell'attività, escludendo che l'ente possa qualificarsi come organismo di diritto pubblico laddove lo stesso operi in un

mercato concorrenziale, competendo con altri operatori, verso i quali la domanda degli utenti può indirizzarsi, e potendo la gestione essere svolta in condizioni di equilibrio economico (C.d.S., Sez. V, 12 dicembre 2018, n. 7031; id., 19 novembre 2018, n. 6534).

Un orientamento più risalente, al quale l'appellante mostra di aderire, ritiene, invece, che ai fini della qualificazione dell'ente come "organismo istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale", debba privilegiarsi non tanto il carattere dell'attività svolta, quanto le esigenze che la medesima è preordinata a soddisfare (C.d.S., Sez. VI, 8 ottobre 2013, n. 4934; id., 19 maggio 2008, n. 2280).

Da ultimo, la giurisprudenza ha precisato che, ove ci si trovi in presenza di un ente, il cui ambito di attività comprende sia attività volte a perseguire interessi di carattere industriale o commerciale, sia attività volte a perseguire interessi privi di tale carattere, la sua configurabilità quale organismo di diritto pubblico non impone il previo esperimento di una sorta di giudizio di prevalenza: infatti, può accadere che l'ente debba qualificarsi come organismo di diritto pubblico pure se la soddisfazione di bisogni di interesse generale costituisce solo una parte relativamente poco rilevante delle attività da esso effettivamente svolte (in tal senso: Corte di Giustizia UE, 15 gennaio 1998, in causa C-44/96, "Mannesmann").

Al riguardo, il giudice comunitario ha chiarito che la qualità di organismo di diritto pubblico non dipende in alcun modo dall'importanza relativa che, nell'attività dell'organismo stesso, è rivestita dal soddisfacimento di bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale, risultando piuttosto sufficiente a tal fine che il perseguimento di detta tipologia di bisogno rientri fra i compiti istituzionale dell'organismo di cui si discute, anche senza carattere di preminenza (Corte di Giustizia UE, 10 novembre 1998 in causa C-360/96, "Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden vs. BFI Holding BV").

L'art. 1, lett. e), dell'allegato I al nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 36 del 2023, non innovando sensibilmente rispetto alla precedente norma sopra vista, definisce "organismo di diritto pubblico", qualsiasi soggetto, anche avente forma societaria:

- 1) dotato di capacità giuridica;
- 2) istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, attraverso lo svolgimento di un'attività priva di carattere industriale o commerciale;
- 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza

sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

## 6. L'esercizio privato di pubbliche funzioni

Il significato più lato e oggettivo di Pubblica Amministrazione può, d'altronde, certamente essere riferito alle ipotesi di c.d. esercizio privato di pubbliche funzioni, concetto che identifica quelle forme di attività da cui deriva la tutela di fini pubblici le quali sono svolte da privati titolari di una pubblica potestà senza configurarsi come organi di enti pubblici né farne parte (così Tar Puglia, sez. stacc. Lecce, sez. III, 01 marzo 2022, n. 356).

Ente o  
soggetto  
privato

In questo caso, il soggetto di riferimento è in tutto e per tutto un ente o soggetto privato: d'altronde, l'ordinamento, attraverso una legge attributiva di potere, in vario modo, conferisce ad esso pubbliche funzioni, potendo e dovendo questi svolgere un'attività di diritto pubblico in nome proprio pur essendo estraneo all'organizzazione strutturale della P.A.

Organo  
indiretto

Pur rimanendo la Pubblica Amministrazione l'effettiva titolare della funzione pubblica, la norma di legge, conferendo i poteri al privato, produce l'effetto di attribuire a questi il potere-dovere di esercizio della funzione, venendo, quindi, ad assumere la veste di c.d. organo indiretto della P.A.

Esempi

In forza delle norme attributive dell'esercizio di poteri pubblici, pertanto, detti soggetti sono, *ratione materiae*, P.A.: gli atti autoritativi da essi adottati nei limiti di tale specifica competenza sono qualificabili, in linea generale, come "provvedimenti amministrativi", sottoposti, quindi, alla giurisdizione amministrativa *ex artt.* 103 e 113 Cost.

Sono esempi di esercizio privato di pubbliche funzioni, il notaio, al quale, nell'esercizio della sua attività professionale, è attribuito il potere di dare pubblica fede agli atti dallo stesso rogati; il concessionario esercente un pubblico servizio nell'ambito del quale esercita anche poteri autoritativi, come nel caso del concessionario del servizio di riscossione; il caso degli istituti scolastici privati parificati in quanto equiparati alle P.A. che svolgono direttamente l'attività di istruzione.

Si può ricordare altresì il caso del c.d. Consorzio per la tutela del formaggio "Grana Padano" e della società di Certificazione della qualità alimentare, in relazione ai quali la Corte di cassazione (Cass., Sez. I, 10 gennaio 2008 n. 355) ha osservato che le attività svolte da tali soggetti per le certificazioni di conformità del prodotto e per

i controlli volti a prevenire abusi rispetto alle prescrizioni del regolamento CE n. 2081 del 1992, in quanto rientranti nei compiti essenziali dello Stato in materia di alimentazione e, quindi, nell'ambito dei servizi economici di carattere generale, sono riconducibili all'esercizio privato di pubbliche funzioni (Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013).